

## INFANTICÍDIO E COAUTORIA

*Damásio E. de Jesus*

Professor da Faculdade de Direito de  
Baurú - Promotor de Justiça

A legislação penal brasileira, através dos estatutos repressivos de 1830, 1890 e 1940, tem conceituado o crime de infanticídio de maneiras diversas.

O Código Criminal de 1830 determinava: “Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra: pena - prisão com trabalho por um a três anos...”

A pena era bem mais branda que a imposta ao homicídio, havendo a contradição seguinte: o legislador considerava infanticídio o fato (homicídio) cometido por terceiros e sem o motivo de honra, impondo a pena de 3 a 12 anos, enquanto o homicídio simples possuía *sanctio juris* mais severa, atingindo até a pena de morte.

O Código Penal de 1890 definia o crime na seguinte proposição: “Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte” (art. 298, *caput*). O preceito secundário da norma incriminadora impunha a pena de prisão celular por seis a vinte e quatro anos.

O parágrafo único cominava pena mais branda, só tendo o direito de alegar a *honoris causa* a mãe: “Se o crime fôr perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria: Pena – de prisão celular por três a nove anos”.

*Alcântara Machado* estendia o privilégio a outras pessoas além da mãe: “Matar infante durante o parto ou logo depois dêste para ocultar a desonra própria ou do ascendente, descendente, irmã ou mulher”.

O Código Penal de 1940 adotou critério diverso, acaando o de natureza psico-fisiológica da influência do estado puerperal na parturiente.

A conduta que se encerra no tipo legal do infanticídio vem contida no preceito primário do art. 123 do estatuto penal em vigor, com a redação: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos”.

Pode ocorrer a hipótese de terceiro auxiliar a mãe a praticar o crime. Surge a questão: ao partícipe do crime de infanticídio deve ser aplicada a pena cominada para êsse delito ou a aplicável no caso de homicídio?

Trata-se de crime próprio, eis que sòmente a mãe pode ser sujeito ativo da conduta criminosa, assim como só o nascente ou o neonato pode ser sujeito passivo.

Tal qualificação doutrinária, porém, não afasta a figura da participação delituosa no fato típico.

A norma penal de extensão do art. 25 reza: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a êste cominadas”. Assim, quem concorre para a prática do infanticídio deve submeter-se à sanção imposta: pena de detenção, de dois a seis anos.

A solução não é tão fácil. Contra a orientação apresentada elevam-se abalizadas opiniões.

O fulcro da discussão se encontra na questão da comunicabilidade ou não da circunstância referente à “influência do estado puerperal”.

Sôbre o assunto já opinara o mestre *Carrara*, entendendo no sentido da comunicabilidade (“Programa”, vol. I, parte especial, § 1.229).

Em 1943, na Conferência dos Desembargadores, a conclusão sobrevivendo aos debates, tomada por maioria de votos, foi formulada nos termos da comunicabilidade.

Na doutrina brasileira, acatam o ponto de vista da comunicabilidade: *Roberto Lyra* ("Noções de Dir. Penal", I, n.º 137), *Olavo Oliveira* ("O Delito de Matar", pág. 298), *Magalhães Noronha* ("Dir. Penal", vol. II, pág. 62), *José Frederico Marques* ("Tratado de Dir. Penal", vol. IV, pág. 141), *Basileu Garcia* ("Instituições de Dir. Penal", vol. I, Tomo I, pág. 382 e "Apostilas", pág. 116), *Euclides Custódio da Silveira* ("Crimes contra a Pessoa", pág. 112) e *Bento de Faria*.

Ensinam que o partícipe deve responder por homicídio: *Nélson Hungria* ("Comentários", vols. I, Tomo II, pág. 438 e V, pág. 229), *Heleno Cláudio Fragoso* ("Lições de Dir. Penal", parte especial, vol. I, pág. 46) e *Galdino Siqueira* ("Tratado de Dir. Penal", vol. III, pág. 58). No mesmo sentido: "Justitia", vols. 43, pág. 5; 44, pág. 7 e 48, pág. 57.

Face às normas penais reguladoras da matéria, o co-autor deve responder por infanticídio.

É certo e incontestável que a influência do estado puerperal constitui elemento de natureza subjetiva ou pessoal do modelo legal questionado.

De acordo com o que dispõe o art. 26, "não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".

Assim, nos termos da disposição, a influência do estado puerperal é comunicável entre os partícipes. Como afirma *Basileu Garcia*, "visto que a qualidade individual foi incorporada pelo legislador à própria figura delituosa e faz parte integrante da definição contida no art. 123, nada impede que um homem, que haja instigado ou auxiliado a puérpera a matar o próprio filho, venha a dis-

putar o tratamento privilegiado” (“Instituições”, vol. I, tomo I, pág. 382).

Parte da doutrina observa que o coautor, para responder unicamente por infanticídio, deve ter participação meramente acessória na conduta do sujeito ativo principal, instigando ou induzindo a parturiente a matar o próprio filho. “Se for êle o autor da morte”, - ensina *José Frederico Marques* – “isto é, a pessoa que executa a ação contida e definida no núcleo do tipo, então a sua conduta, matando ao nascente ou ao neonato, será enquadrada no art. 121” (ob. e loc. cit.). Não é outra a lição de *Euclides Custódio da Silveira*. “É evidente - assevera – “que a participação há de ter caráter meramente acessório, caso contrário o partícipe terá praticado um homicídio” (ob. cit., pág. 114). Da mesma forma, observa *Bento de Faria*, calcado em *Manzini*, possa o terceiro, desde que não tenha sido o autor direto da prática em aprêço, participar da mesma responsabilidade do infanticídio, se se limitou a facilitar-lhe o escopo criminoso. Desde que, porém, continua o jurista, tenha sido o executor da morte, embora sem oposição da mãe, o seu crime será o de homicídio, pois, então, não teria sido a mãe quem realizou o ato material, que a lei exige para a configuração desse delito privilegiado, de matar o próprio filho.

Embora, sob o ponto de vista prático, acatarmos, sem sombra de dúvida, os pensamentos retro formulados, do prisma da interpretação das normas penais explicativas, os ensinamentos não nos parecem tão claros, eis que “não há falar-se em ações distintas – umas *principais* e outras *acessórias*, - mas em atos que fazem parte de uma única ação” (*Nelson Hungria*, ob. cit., pág. 406). Esta constitui homicídio ou infanticídio?

Analisando a questão, afirma *Nelson Hungria* que “a ressalva do art. 26 não abrange as condições *personalíssimas* que informam os chamados *delicta excepta*. Importam elas em *privilegium* em favor da pessoa a que con-

cernem. São conceitualmente inextensíveis e impedem, quando haja cooperação com o *beneficiário*, a unidade do título do crime. Assim, a “influência do estado puerperal” no “infanticídio”, embora elementar, se comunica aos co-operadores, “que responderão pelo tipo comum do crime (isto é, sem o *privilegium*)” (primeiro loc. cit., págs. 437 e 438). Cuidando de estudar o crime de infanticídio, na parte especial do Código, assevera *Hungria* que se trata “de um crime personalíssimo em que a condição “sob a influência do estado puerperal” é *incomunicável*. Não tem aplicação, aqui”, - continua - “a norma do art. 26, sobre as *circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime...* O partícipe (instigador, auxiliar ou co-executor material) do infanticídio responderá por homicídio” (ob. cit., vol. V. pág. 259).

Ora! nos termos da explanação do mestre, estaria sendo criada uma terceira espécie de circunstâncias: as *personalíssimas*, a par das de natureza *pessoal e objetiva*. Diante, porém, da letra do art. 26, só há duas espécies de circunstâncias: as pessoais e as objetivas. Uma terceira classe não foi prevista.

Não resta dúvida que, conforme o caso, constitui absurdo o partícipe acobertar-se sob o privilégio do infanticídio, pois o seu ato representa homicídio caracterizado. Mas, temos de estudar o problema sob o prisma de nossa legislação, que não cuidou de elaborar norma específica sobre o caso. Melhor fizeram outros códigos, como o italiano, que inseriu em seu contexto um dispositivo especial, evitando dúvida sobre a pena a ser cominada ao que favorece o autor principal, após dizer que o infanticídio pode ser praticado por outra pessoa que não a própria mãe (art. 578).

Em outras legislações, o benefício da pena se estende a outras pessoas.

No Código Francês: uma pessoa qualquer (art. 300).

No Argentino: mãe ou os parentes próximos discriminados no art. 81.

No Espanhol: mãe ou os avós maternos (art. 410).

O Código brasileiro, não tendo disposição especial sobre a matéria, obriga o intérprete a analisar a questão face às determinações contidas na parte geral, inseridas nos arts. 25 e 26.

A solução do problema já foi lembrada por *Basileu Garcia*. “Já que, entretanto”, - afirma – “o legislador não quis considerar o infanticídio como espécie de homicídio, disciplinado pelas regras gerais do Código no que concerne às causas comuns de exclusão e diminuição da responsabilidade, o remédio seria... reformar-se o nosso estatuto penal para converter em figura delituosa autônoma, passível das penas do homicídio, as formas de participação em infanticídio diversas da figura traçada no art. 123, pois não passam de homicídio os atos de estranhos que, em colaboração com a puérpera, causam a morte da criança, durante o parto, ou logo após” (ob. cit., parte geral, pág. 383).

Pensamos que não haveria necessidade de converter em crime autônomo as formas de participação no delito de infanticídio, para que se desse solução ao problema.

Para isso, preciso é estabelecer a distinção entre as elementares e as circunstâncias legais especiais ou específicas. Estas são elementos acessórios e acidentais que, agregados à figura típica fundamental ou simples, aumentam ou diminuem a *sanctio juris*, incidindo na *quantidade* do crime. Aquelas são elementos constitutivos ou essenciais do fato típico, intervindo na *qualidade* do crime. Como ensina *Bettioli*, “a verdadeira circunstância, inconfundível com o elemento constitutivo, é um elemento de fato, objetivo ou subjetivo, que incide sobre a gravidade ou quantidade do crime, deixando-lhe inalterada a denominação jurídica; se, em presença de uma

dada circunstância, muda também a denominação ou o título do crime, isto quer dizer que nos encontramos em face de um elemento essencial, constitutivo do mesmo crime. Sòmente a circunstância que interfere na qualidade do crime é que se considera elementar ou constitutiva ("Dir. Penale", pág. 383).

Na conduta punível descrita no art. 121, logo após a definição legal do tipo fundamental, o legislador inseriu o homicídio privilegiado: "Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço".

Os elementos contidos na figura típica privilegiada são circunstâncias legais especiais ou específicas de natureza subjetiva, e, não sendo *elementares* do crime, são incomunicáveis entre os participantes do fato, conforme o art. 26.

Suponha-se que "A" e "B" cometam um homicídio, em que o primeiro tenha a seu favor o motivo de relevante valor moral, não estando presentes na conduta do segundo as circunstâncias de natureza pessoal do delito privilegiado (ausente o motivo fútil ou outra qualificadora). "A" responde por homicídio privilegiado, ao passo que "B" subsume o seu comportamento à norma do art. 121, *caput*.

Seguindo a mesma linha de orientação, o legislador poderia converter os elementos típicos especializantes do art. 123 em circunstâncias legais específicas de uma figura privilegiada de homicídio. Teríamos, então, no art. 121, dois tipos privilegiados, tal como ocorre nas lesões corporais (§§ 4.º e 5.º). O parágrafo primeiro permaneceria como foi definido, acrescentando-se outro, com a seguinte definição legal: "Se o fato é cometido pela mãe, sob a influência do estado puerperal, contra o próprio fi-

lho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de dois a seis anos”.

Desta forma, a influência do estado puerperal não seria elementar do crime, mas elemento acidental de natureza subjetiva, tornando-se incomunicável entre os partícipes.

Em consequência, a conduta da infanticida constituiria homicídio privilegiado, enquanto que o terceiro praticaria homicídio simples, na ausência de qualificadora. Consoante *Magalhães Noronha*, “a não comunicação ao co-réu só seria compreensível se o infanticídio fôsse mero caso de *atenuação no homicídio* e não um tipo inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei” (ob. e loc. cit., pág. 62).

No Anteprojeto de Código Penal, do ex-Ministro *Nélson Hungria*, o infanticídio foi assim descrito: “Matar, para ocultar sua desonra ou sob a influência de perturbação fisio-psíquica provocada pelo estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto” (art. 119).

Pelo que vemos, continuou o mesmo problema sobre a coautoria, eis que o § 1.º do art. 33 do Anteprojeto nada acrescentou ao que se contém no art. 26 do estatuto em vigor.

Bastaria, pois, fôsse suprimido o art. 119, com a conversão de seus elementos constitutivos em causa de diminuição de pena do homicídio (art. 117), através de acréscimo de um parágrafo.

Assim, segundo a sugestão, o parágrafo 2.º do art. 117, do Anteprojeto, passaria a ter a seguinte redação: “Se a agente pratica o crime contra o próprio filho, para ocultar sua desonra ou sob a influência de perturbação fisio-psíquica provocada pelo estado puerperal, durante ou logo após o parto: Pena - detenção, de dois a seis anos”.



Desta maneira, como diz *Soler*, estariam resolvidos “não sòmente o caso da amiga que ajuda à autora a cometer o infanticídio, como também o caso em que a mãe, não se atrevendo a executar por si só, o fato, pede a cooperação material de outrem” (“Derecho Penal Argentino”, 1945, pág. 101).

Enquanto não fôr montada a legislação sôbre o assunto, não vemos como possa o terceiro que auxilia a parturiente, sob a influência do estado puerperal, matar o próprio filho, responder homicídio. A opinião contrária “quebra a unidade do delito e entra em flagrante choque com a teoria *monística* ou unitária, abraçada pelo Código, em matéria de co-delinquência” (*Magalhães Noronha*, ob. e loc. cit., pág. 62).

Como diz *Basileu Garcia*, “anàlogamente, a qualidade de funcionário público se transmite, no peculato, do autor do dano patrimonial a qualquer indivíduo que, não sendo funcionário, o auxilie. Não se compreende porque motivo o princípio não deva ter igual aplicação no infanticídio” (“Apostilas”, págs. 116 e 117).